



República de Moçambique
Conselho Constitucional

Acórdão n.º 14 /CC/2023

de 9 de Outubro

Processo n.º 07/CC/2023

Fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade e da legalidade

Acordam os Juízes Conselheiros do Conselho Constitucional:

I

Relatório

1. Dois mil cidadãos, devidamente representados pela Dr.^a Maria Alice Mabota, Advogada, com carteira profissional n.º 1116, requereram, nos termos da alínea g) do n.º 2 do artigo 244 da Constituição da República (CRM), conjugada com a alínea g) do n.º 2 do artigo 64 da Lei n.º 2/2022, de 21 de Janeiro, que estabelece a Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC), que o Conselho Constitucional aprecie e declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 8 do Código de Execução de Penas (CEP), aprovado pela Lei n.º 26/2019, de 27 de Dezembro.

2. São fundamentos do pedido de apreciação e declaração de inconstitucionalidade, os seguintes:

2.1. O n.º 2 do artigo 8 do CEP, ao dispor que *Sempre que as condições do estabelecimento penitenciário o permitirem, o Estado assegura o acesso a condições mais favoráveis mediante pagamento do seu custo por parte do recluso que delas pretender usufruir*, viola os princípios da universalidade e da igualdade plasmados nos artigos 35 e 36 da CRM, respectivamente. De acordo com as normas vertidas naqueles artigos todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da cor,

raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão ou opção política.

2.2. O n.º 2 do artigo 8 do CEP contraria o plasmado no n.º 1 do mesmo artigo 8, na medida em que este assegura que a execução da pena de prisão deve ser *imparcial e não pode privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum recluso, nomeadamente, em razão do sexo, raça, língua, território de origem, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica e condição social*.

2.3. O n.º 2 do artigo 8 do CEP, quando interpretado, leva à conclusão de que sempre que um recluso tenha uma condição social favorável em relação aos demais reclusos, o Estado assegura-lhe o acesso a condições mais favoráveis, desde que para tal pague o custo para o acesso a tais condições, o que conduz à prática de um tratamento desigual dos reclusos, por parte do estabelecimento prisional, baseado nas condições financeiras de cada um.

2.4. O n.º 2 do artigo 8 do CEP viola ainda os princípios da imparcialidade, da ética e da justiça, directrizes de actuação da Administração Pública, como o estipulado no n.º 2 do artigo 248 da CRM.

2.5. Trata-se de saber se, de alguma forma, o recluso deve ou pode criar as suas próprias condições para a vida em reclusão a que estiver sujeito. Sendo negativa a resposta, não faz sentido qualquer excepção ao princípio da não discriminação trazido pelo n.º 2 do artigo 8 do CEP.

2.6. No âmbito do Direito Internacional, a Resolução n.º 43/173 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 9 de Dezembro de 1988, prescreve o princípio segundo o qual as medidas aplicadas ao abrigo da lei e exclusivamente destinadas a proteger os direitos e a condição especial da mulher, especialmente da mulher grávida e da mãe com crianças de tenra idade, das crianças, dos adolescentes e idosos, doentes ou pessoas com deficiência, não são consideradas medidas discriminatórias.

2.7. Os princípios básicos relativos ao tratamento de reclusos, designadas “Regras de Mandela”, dispõem também sobre a proibição do tratamento discriminatório baseado na raça, sexo, cor, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou outra condição. O que deixa claro que é rejeitada, por incompatibilidade com padrões mínimos de direitos humanos e devido processo legal, qualquer forma de tratamento

diferenciado baseado, entre outros factores, em origem social, propriedade ou *status* e que os Estados devem cumprir com os seus objectivos de procura de bem-estar social para todos os membros da sociedade de forma igualitária.

2.8. São no mesmo diapasão os artigos 2.º e 3.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. Com efeito, o artigo 2.º estabelece um princípio que é essencial para o espírito da Carta sobre a necessidade de erradicar a discriminação em todas as suas formas, enquanto o artigo 3.º garante um tratamento justo aos indivíduos dentro de um sistema jurídico de um determinado país.

Os Impetrantes terminam a sua argumentação, requerendo que a norma constante do n.º 2 do artigo 8 do CEP seja apreciada e declarada a sua inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violar o princípio e a regra da não discriminação no tratamento de reclusos.

3. O requerimento desta acção de inconstitucionalidade deu entrada neste Órgão de Justiça Constitucional, no dia 7 de Junho de 2023, e o pedido foi registado, autuado e admitido no dia 12 de Junho de 2023.

4. Para efeitos do disposto no artigo 55 da LOCC, foi notificada a Assembleia da República, na qualidade de Autora da norma ora impugnada, para se pronunciar. Através da Deliberação n.º 365/2023, de 7 de Agosto, da Comissão Permanente da Assembleia da República, a Autora da norma entende que o n.º 2 do artigo 8 do CEP não enferma de nenhum vício de inconstitucionalidade, nem de ilegalidade, devendo, por isso, ser considerado improcedente o pedido ora em análise, com base nos seguintes argumentos:

4.1. Os princípios da universalidade e da igualdade de tratamento previstos nos artigos 35 e 36 da CRM não são de interpretação linear, no sentido de universalidade e igualdade absolutas entre os cidadãos moçambicanos. A Constituição contém normas restritivas de igualdade, v.g., a alínea b) do n.º 2 do artigo 146 (requisitos de elegibilidade para o cargo de Presidente da República), o n.º 2 do artigo 24 (excepção da nacionalidade pelo critério da territorialidade), entre outras.

4.2. O princípio da igualdade, que diz respeito à qualidade do sujeito, determina restrições ao princípio da universalidade, não se aplicando com o mesmo sentido e alcance a todos os casos de sujeitos de direito.

[Handwritten signatures and initials]
3

4.3. Trata-se de um desvio do princípio da universalidade conjugado com o princípio da igualdade. O princípio da igualdade manifesta-se perante a lei geral e abstracta, o que significa pensar na justiça e com justiça entre os membros da mesma comunidade política.

4.4. A igualdade consagrada no artigo 35 da CRM é real; é aquela que impõe a igualdade na aplicação do direito; a proibição do tratamento dos factos com base em critérios meramente subjectivos que não se fundam na Constituição e na lei. O princípio não pressupõe uma exigência de igualdade absoluta em todas as situações, nem proíbe diferenciações de tratamento.

4.5. As pessoas são tratadas conforme a sua qualidade, estatuto e especificidades: os estudantes entre si, os trabalhadores, os militares, os agentes da polícia, os políticos, os funcionários públicos, os doentes, as crianças, os jovens, etc. Esta diferenciação está relacionada com valores ético-culturais que são prosseguidos pelas comunidades e reconhecidos pela ordem constitucional.

4.6. As expressões *condições dos estabelecimentos* e *permitir* constantes do n.º 2 do artigo 8 do CEP indicam que a direcção administrativa do estabelecimento deve aferir e confirmar se um determinado estabelecimento penitenciário dispõe de infraestruturas, equipamento e meios de reclusão adequados para a aplicação do regime previsto no n.º 2 do artigo 8 do CEP.

4.7. Conforme informações devidamente prestadas pela direcção do estabelecimento prisional, confirmadas e certificadas por entidade competente, o Estado poderá autorizar o acesso a condições mais favoráveis ao recluso que manifeste o interesse e demonstre capacidade financeira ou pague o valor que for estipulado para suportar o custo correspondente. A medida do n.º 2 do artigo 8 do CEP não difere do que ocorre na saúde e na educação.

4.8. A norma do n.º 2 do artigo 8 do CEP não ofende e nem coloca em causa o espírito do Legislador Constituinte plasmado nos artigos 35 e 36 da CRM, na medida em que, consoante as capacidades económicas de cada recluso, suporta o custo das condições mais favoráveis que lhe forem proporcionadas para o cumprimento da pena. A discriminação ocorreria no caso em que, entre os reclusos, fosse permitido a uns e vedado a outros o direito de acesso às condições mais favoráveis para o cumprimento da pena.

5. Discutido o memorando, nos termos dos n.ºs 1 e 2, ambos do artigo 67 da LOCC, cumpre formular a decisão em conformidade com a orientação fixada pelo Conselho Constitucional.

[Handwritten signatures and initials]

II

Fundamentação

6. A acção de fiscalização da constitucionalidade foi pedida por quem tem legitimidade, ao abrigo do disposto na alínea g) do n.º 2 do artigo 244 da Constituição (CRM), conjugada com a alínea g) do n.º 2 do artigo 64 da Lei n.º 2/2022, de 21 de Janeiro, que estabelece a Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC); o Conselho Constitucional é, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 243 da CRM, o Órgão de Justiça competente para apreciar o pedido e não há nulidades a conhecer.

7. Cumpre ao Conselho Constitucional apreciar a conformidade do n.º 2 do artigo 8 do Código de Execução de Penas (CEP), aprovado pela Lei n.º 26/2019, de 27 de Dezembro, com o artigo 35 da Constituição da República, designadamente:

- Artigo 35 da CRM, «Princípio da universalidade e igualdade», *Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão ou ocupação política;*

- N.º 2 do artigo 8 do CEP, «Princípio da não discriminação», *Sempre que as condições do estabelecimento penitenciário o permitirem, o Estado assegura o acesso a condições mais favoráveis mediante pagamento do seu custo por parte do recluso que delas pretender usufruir.*

8. O n.º 2 do artigo 8 do CEP é uma regra excepcional em relação à prevista no n.º 1 do mesmo artigo, com a seguinte redacção: *1. A execução [da pena de prisão] é imparcial e não pode privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum recluso, nomeadamente em razão do sexo, raça, língua, território de origem, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica e condição social.*

8.1. Qual é, então, o âmbito de regulação de normas excepcionais, como é o caso do n.º 2 do artigo 8 do CEP?

8.2. O n.º 2 do artigo 8 do CEP, ao assegurar, sempre que as condições do estabelecimento prisional o permitam, *o acesso a condições mais favoráveis aos reclusos mediante pagamento do seu custo pelo recluso* representa uma «antinomia» no sistema normativo, visto que o n.º 1 do artigo 8 proíbe que se *privilegie, beneficie ou se prejudique* o recluso em razão da sua

situação económica e condição social, ou seja, trata-se de duas normas incompatíveis porque são contraditórias. Ora, como resolver este problema?

8.3. Respondidas as duas questões, será necessário confrontar a excepção prevista no n.º 2 do artigo 8 do CEP com os fins das penas. Esta questão é relevante na medida em que permitirá ajuizar, por fim, a compatibilidade ou não da excepção com os princípios da universalidade e da igualdade previstos no artigo 35 da CRM.

Analisemos, portanto, estas questões.

9. A norma prevista no n.º 1 do artigo 8 do CEP fixa o regime-regra do *princípio da não discriminação*, no âmbito da execução de penas e medidas de segurança. O regime geral não toma em conta as circunstâncias particulares, pois é aplicável à generalidade de situações jurídicas dos reclusos. É neste contexto que o n.º 1 do artigo 8 do CEP prescreve uma regra, com carácter geral, segundo a qual a execução das penas e das medidas de segurança é *imparcial e não pode privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum recluso, nomeadamente em razão do sexo, raça, língua, território de origem, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica e condição social*.

10. Todavia, não estabelecendo uma regra especial, que se seguiria à geral, o Legislador fixou no n.º 2 do artigo 8 do CEP uma regra excepcional. Com efeito, as normas excepcionais consagram, para certos casos, soluções contrárias à norma geral, ou regulam determinados factos de modo oposto àquele por que seriam regulados se a norma excepcional não existisse. O seu regime jurídico é o estabelecido no artigo 11.º do Código Civil, segundo o qual *As normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva*.

11. A contrariedade do n.º 2 do artigo 8 do CEP em relação ao n.º 1 do mesmo artigo reside no facto de que o n.º 1 do artigo 8 proíbe que se *privilegie, beneficie ou se prejudique* o recluso em razão da sua *situação económica e condição social* e o n.º 2, assegura, sempre que as condições do estabelecimento prisional o permitam, *o acesso a condições mais favoráveis aos reclusos mediante pagamento do seu custo pelo recluso*, o que constitui, no fim de contas, uma diferenciação entre os reclusos, baseada na situação económica e condição social. Isto é, sempre que as condições do estabelecimento penitenciário o permitam, o recluso que tiver uma situação económica favorável poderá gozar ou ter acesso a condições mais favoráveis, desde

que custeie as respectivas despesas, o que constitui derrogação do princípio geral de proibição de discriminação entre os reclusos com base na sua situação económica e condição social.

Ora, como resolver estas antinomias ou este problema de incompatibilidade entre as duas normas?

12. As antinomias apresentadas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 8 do CEP assentam no facto de que o n.º 1 proíbe uma certa conduta, que no n.º 2, o mesmo comportamento é permitido. As antinomias existem, regra geral, entre duas normas conflituantes do mesmo ordenamento jurídico que tenham o mesmo âmbito de validade, seja temporal, espacial, material ou pessoal¹. Trata-se, na verdade, de uma antinomia total, visto que a norma contida no n.º 2 do artigo 8 do CEP, *o acesso a condições mais favoráveis aos reclusos mediante pagamento do seu custo pelo recluso*, não pode ser aplicada sem entrar em conflito com a contida no n.º 1 do mesmo artigo 8 que veda que se *privilegie, beneficie ou se prejudique* o recluso em razão da sua *situação económica e condição social*.

13. Como qualquer ordenamento jurídico, o ordenamento jurídico nacional é inspirado, em certos casos, em valores contrapostos ou em opostas ideologias, em que a garantia de um certo valor pode ter como resultado a restrição de um outro valor, dando lugar a normas incompatíveis (antinómicas) ou injustas. Contudo, quer a antinomia, quer a injustiça demandam uma correcção: mas a razão pela qual se corrige a antinomia é diversa daquela pela qual se corrige a injustiça, visto que a antinomia produz incertezas; e a injustiça produz desigualdades entre os cidadãos sujeitos a uma mesma norma com âmbito de validade temporal, pessoal, material e espacial idêntico.

14. O critério para a solução desta antinomia deve consistir, antes em conservar as duas normas, pois exercem uma função primordial no ordenamento jurídico. A primeira, constante do n.º 1 do artigo 8 do CEP, que proíbe discriminações baseadas na *situação económica e condição social* e a outra do n.º 2 do mesmo artigo, que *permite o acesso a condições mais favoráveis baseadas no pagamento do seu custo*. O pressuposto para a resolução deste problema é afastar, desde logo, os critérios cronológico, hierárquico e de especialidade, pois as duas normas constam da mesma lei, foram estabelecidas ao mesmo tempo e não atendem a nenhuma

¹ Cfr. BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon, 2.ª edição, 3.ª reimpressão, Edipro, São Paulo, 2020, pp. 85-111.

Handwritten signatures and initials are present on the right side of the page, including a large 'X' mark and several other illegible signatures.

especialidade. Com efeito, é relevante, para dar solução ao problema, a forma da norma, na medida em que as duas normas são diferentes quanto à forma.

15. Quanto à forma, a norma constante do n.º 1 do artigo 8 do CEP é proibitiva (veda discriminações entre reclusos com base na posição social e económica) e a constante do n.º 2 do mesmo artigo, e aqui sindicada, é permissiva, atribuindo, a todos os reclusos o direito de ter acesso a condições de reclusão mais favoráveis, desde que suportem as respectivas despesas.

15.1. O critério relativo à forma consistiria em estabelecer uma graduação de prevalência entre as normas jurídicas imperativas, proibitivas e permissivas. De modo que, se entre duas normas incompatíveis, uma é proibitiva ou imperativa e a outra é permissiva, prevalece a permissiva. Pois, deve dar-se prevalência ou preponderância, em caso de ambiguidade ou incerteza na interpretação de um texto, à interpretação *favorabilis* sobre a *odiosa*². Em linha geral, *caso se entenda por "lex favorabilis" a que concede uma liberdade (ou faculdade, ou direito subjectivo) e por "lex odiosa" a que impõe uma obrigação (...), não há dúvida de que a "lex permissiva" é "favorabilis" e uma "lex imperativa" ou proibitiva é odiosa*³.

15.2. Pelo que, as prescrições constantes do n.º 2 do artigo 8 do CEP devem ser interpretadas no sentido de que o Estado promove a efectiva realização da igualdade em direitos e actua em prol da eliminação de desvantagens existentes e, por conseguinte, deve proporcionar condições de reclusão aos cidadãos privados de liberdade idênticas e universais para todos e, sempre que as condições do estabelecimento penitenciário o permitirem, assegurar aos reclusos o acesso a condições mais favoráveis mediante o pagamento do seu custo aos fornecedores por parte de quem delas pretende usufruir e, desde que tais condições não sejam excluídas por lei, pelo sentido da sentença condenatória ou pelas medidas de individualização da execução da pena ou da medida de segurança.

16. Ora, resolvido o problema das antinomias destas duas normas, é preciso que fixemos o problema da sua incompatibilidade, tendo em atenção a teleologia do cumprimento de uma pena de prisão ou de uma medida de segurança. Isto é, é preciso aferir se, apesar das antinomias, o fim das penas e das medidas de segurança é utilmente alcançado.

² Cfr. BOBBIO, Norberto, *ob. cit.*, 2020, p. 99 e DINIS, Maria Helena, *Conflito de Normas*, 10.ª edição, Saraiva, São Paulo, 2014, pp. 31-43.

³ BOBBIO, Norberto, *ob. cit.*, p. 99.

17. A execução das penas e das medidas de segurança visa, para além da sua natureza repressiva, a reabilitação e reinserção social do condenado, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, bem como a protecção de bens jurídicos e a reparação dos prejuízos causados com a conduta que fundamentou a condenação e a defesa da sociedade (art.º 2 do CEP e art.º 59, n.º 1 do Código Penal, respectivamente). No caso em tela, é relevante a finalidade da execução da pena sobre o recluso.

17.1. Com efeito, sob o ponto de vista da prevenção especial, a execução da pena serve como um «recordatório» que inibe o recluso de cometer novos crimes, devendo perseguir-se a sua correcção e ressocialização em termos tais que permitam evitar a reincidência, o que se consegue através de uma adequada execução da pena, preparando o recluso para o retorno à liberdade⁴.

17.2. Concludentemente, a execução penal tem por objectivo efectivar as prescrições da sentença ou decisão criminal condenatória e proporcionar ao recluso condições para uma posterior e harmónica integração social do condenado ou do internado, neste último caso, em relação às medidas de segurança.

17.3. No processo de cumprimento da pena ou da medida de segurança, é dever do Estado dar assistência aos reclusos, criar as condições adequadas para a execução da pena e das medidas de segurança, incutir no recluso o sentido de responsabilidade, promovendo actividades de tratamento prisional que o estimule no processo de reinserção social futura, através de ensino, formação, trabalho e programas, em cooperação com a comunidade, visando prevenir que o mesmo cometa futuramente crimes e orientá-lo para o retorno à convivência social. Portanto, cabe ao Estado assegurar todos os direitos dos reclusos não excluídos pela lei ou não atingidos pela sentença condenatória.

18. Destarte, o alcance das finalidades da condenação penal não fica tolhido pela norma excepcional prevista no n.º 2 do artigo 8 do CEP, ao assegurar, sempre que as condições do estabelecimento prisional o permitam, *o acesso a condições mais favoráveis aos reclusos mediante pagamento do seu custo pelo recluso*, em contrariedade com o princípio geral estabelecido no n.º 1 do artigo 8 do CEP, que veda que se *privilegie, beneficie ou se prejudique* o recluso em razão da sua *situação económica e condição social*.

⁴ Cfr. MACIE, Albano, *Manual de Direito Penal*, Vol. 2, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 59-60.

19. Contudo, a validade da solução de inconciliabilidade depende da resolução que for dada ao problema quesitado da incompatibilidade do n.º 2 do artigo 8 do CEP com o artigo 35 da Constituição. Com efeito, os requerentes da acção de inconstitucionalidade alegam que o n.º 2 do artigo 8 do CEP viola o princípio da universalidade e da igualdade previsto no artigo 35 da CRM, na medida em que cria tratamento discriminatório entre os reclusos, baseado na condição económica e social, ao dispor que *Sempre que as condições do estabelecimento penitenciário o permitirem, o Estado assegura o acesso a condições mais favoráveis mediante pagamento do seu custo por parte do recluso que delas pretender usufruir.*

Ora, expendamos o sentido e o alcance do princípio da universalidade e da igualdade previsto no artigo 35 da CRM.

20. Segundo o artigo 35 da CRM, *Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da cor (...), posição social (...).* A ideia de universalidade e igualdade tem, regra geral, referente temporal e espaço-cultural, dependendo a sua interpretação de vários factores e fundamentos, sejam eles metafísicos, religiosos, sociais e culturais.

20.1. O princípio da universalidade e igualdade, conforme a epígrafe do artigo 35 da CRM, comporta duas vertentes de análise. Assim, a universalidade significa que todos os cidadãos são titulares de todos os direitos e todos eles estão sujeitos a todos os deveres, no sentido de serem destinatários das normas, vistas no seu aspecto quantitativo; enquanto o princípio da igualdade tem um sentido mais qualitativo, olhando-se ao conteúdo das normas e, deste modo, define-se na ideia ou premissa de que todos os seres humanos são iguais quanto à sua dignidade e, conseqüentemente, iguais em todas as dimensões que a dignidade assume na sua vida. Ou seja, todos os cidadãos encontram-se em posições jurídicas iguais relativamente aos direitos e deveres⁵. Contudo, *a igualdade dos cidadãos perante a lei não deve nem pode ser interpretada em termos absolutos, impedindo que a lei discipline diversamente quando diversas são as situações que o seu dispositivo visa regular*⁶.

20.2. Especialmente⁷, o *direito* à igualdade não assegura nenhum comportamento específico cujo exercício pudesse ser embaraçado, cuja área de protecção pudesse ser *invadida* pelos

⁵ Ver Acórdão n.º 12/CC/2020, de 11 de Dezembro.

⁶ Deliberação n.º 18/CC/2004, de 11 de Agosto.

⁷ Ver. SCHWABE, Jürgen (Org.), *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, Trad. De Beatriz Henning et al, Konrad Adenauer Stiftung, Lisboa, 2005, p. 319.

poderes públicos. Não há que se falar, portanto, em área de protecção e tampouco em intervenção estatal nesta. O efeito básico da garantia constitucional da igualdade é assegurar ao cidadão uma posição jurídica de natureza pública subjectiva: o direito de resistir ao tratamento desigual perante a lei (aplicação do direito pelos poderes públicos) e pela lei (lei discriminatória injustificada).

20.3. O princípio da igualdade *realiza-se como direito subjectivo específico e autónomo e como direito, liberdade e garantia de natureza defensiva, (...) positiva (...) e correctiva (...)*⁸. Assim sendo, o princípio da igualdade tem uma natureza defensiva, pois pretende proteger os cidadãos contra um eventual tratamento desigual não fundamentado, por parte das entidades no exercício de poderes públicos. Já a natureza positiva se revela no facto de a plena realização do princípio da igualdade implicar, por vezes, a execução de medidas, por parte do Estado, que auxiliem na obtenção da pretendida uniformidade entre todos, que é, no fundo, a efectivação real do princípio da igualdade. Por último, a natureza correctiva significa que, por vezes, é necessário implementar medidas (de acção afirmativa) que visam corrigir desigualdades de facto.

20.4. Parece, neste sentido, não despiciendo a posição do Legislador, ao estabelecer no n.º 1 do artigo 8 do CEP que *A execução [da pena de prisão] é imparcial e não pode privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum recluso, nomeadamente em razão do sexo, raça, língua, território de origem, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica e condição social*. Com efeito, este articulado, materializando o artigo 35 da CRM, (proibição de discriminação com base na posição social), no âmbito do Direito de Execução de Penas e de Medidas de Segurança, proíbe discriminações baseadas, no caso em julgamento, *na situação económica e condição social* dos reclusos.

21. *Mau grado* esta regulamentação geral, o n.º 2 do artigo 8 do CEP estabeleceu uma regra contrária, segundo a qual *Sempre que as condições do estabelecimento penitenciário o permitirem, o Estado assegura o acesso a condições mais favoráveis mediante pagamento do seu custo por parte do recluso que delas pretender usufruir*.

22. Portanto, antes do mais, é importante conservar duas ideias de fundo: a de que não é permitido o tratamento diferenciado de situações iguais, sem um fundamento jurídico válido

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição Da República Portuguesa Anotada*, Almedina, Coimbra, 2007, I (Artigo 1.º a 107.º):337.

que justifique esse tratamento desigual; a segunda, a de que a discriminação com base na posição social pode degenerar, por vezes, numa situação de exclusão social⁹, no caso, entre os reclusos submetidos, regra geral, por lei, ao mesmo regime de direitos e deveres, desde que não atingidos pela condenação ou pelas exigências da individualização da pena na sua execução.

23. A segunda parte do artigo 35 da CRM é relativa ao princípio da proibição da discriminação baseada num conjunto de factores aí indicados *v.g., cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão ou opção política*. O factor potencialmente relevante para o caso em julgamento é a diferenciação baseada na *condição social*, visto que o n.º 2 do artigo 8 do CEP se refere ao *acesso a condições mais favoráveis mediante pagamento do seu custo por parte do recluso que delas pretender usufruir*.

23.1. Todavia, a existência de uma norma potencialmente diferenciadora não importa sistematicamente uma discriminação que viola o artigo 35 da Constituição, pois seria indispensável que o tratamento diferenciado tivesse carácter arbitrário para que fosse considerado discriminatório. Resta sempre necessário realizar um juízo de razoabilidade, com base nos fins da discriminação (no caso, nos fins da excepção criada pelo n.º 2 do artigo 8 do CEP). Com efeito, as leis podem estabelecer diferenciações entre indivíduos de condição, condição social ou económica diferente, desde que tais situações sejam justificadas, razoáveis, objectivas e não arbitrárias.

23.1.1. Eis o caso do n.º 2 do artigo 8 do CEP que, sendo uma norma geral e aplicável a todos os reclusos, acaba estabelecendo discriminações naturais idênticas às da vida em sociedade, baseadas na origem, estatuto ou condição social, profissional ou económica de cada recluso, ou na sociedade entre várias classes sociais, por exemplo, diferenciações entre trabalhadores, operários, camponeses, comerciantes, entre outras classes. O que é dizer que, com base no n.º 2 do artigo 8 do CEP, se o recluso, *v.g.*, é detentor de capacidades financeiras, ou profissionais anteriores não atingidas pela sentença condenatória, poderá obter condições de prisão mais favoráveis em relação aos demais reclusos que não possuem capacidade financeira (como contratar médico de confiança pessoal em caso de tratamento ambulatorio ou internamento, adquirir bens de adorno pessoal, bens que permitem a continuidade da sua profissão – escritor,

⁹ Cfr. RIBEIRO, Lúcia da Luz, “O sentido jurídico do princípio da igualdade”, in, *O Guardião (Princípios estruturantes da Constituição da República de Moçambique)*, Vol. II, Maputo, Conselho Constitucional, 2021, pp. 271-319.

académico, artista— pedir que se reabilite o quarto onde estiver encarcerado, entre outras possibilidades não restringidas por lei ou pela sentença condenatória).

Serão estas excepções inconstitucionais?

23.1.2. O *direito* à igualdade exige, justamente, a existência da igualdade de *chances* ou oportunidades a ser concedidas aos cidadãos, no caso aos reclusos. O tratamento desigual não poderá ocorrer sem nenhum motivo objectivamente racional e justificado. As possíveis violações das garantias da igualdade podem ser verificadas por meio de um processo constituído por duas etapas: 1.^a) Verificação do tratamento desigual; 2.^a) Questionamento da possível justificação¹⁰.

23.2. A diferenciação de tratamento, no plano de aplicação da norma em análise, em função da posição social e económica, baseia-se na classificação da sociedade em grupos sociais *hierarquizados num universo de recursos, reais ou simbólicos, que são socialmente valorizados por ambos os grupos: poder, conhecimento, estatuto*¹¹, riquezas materiais e estatuto profissional. O Legislador, com a regra da universalidade e igualdade, pretende evitar que as “elites sociais” recebam um tratamento mais favorável do que as pessoas oriundas de estratos sociais consideradas desfavorecidas. Em vista disso, os ricos e os pobres, os instruídos e os não instruídos devem receber o mesmo tratamento e ter acesso às mesmas oportunidades, sem diferenciações arbitrárias.

23.3. O n.º 2 do artigo 8 do CEP, contrariamente ao n.º 1 do artigo 8 do mesmo diploma legal, consagrou um conjunto de direitos ou benefícios a todos os reclusos, cujo gozo depende do estatuto social e económico de cada recluso. Este estatuto individual de cada recluso é anterior à privação da liberdade, ou depende da criação de tais condições pelos familiares do recluso.

23.4. Portanto, não se pode concluir que a consagração abstracta e genérica de direitos por excepção constitui uma afronta ao princípio da universalidade e da igualdade, quando a sua concretização fica dependente de condição social, económica ou profissional de cada usufrutuário ou cujo provimento dependa da capacidade dos respectivos familiares. De modo que, o n.º 2 do artigo 8 do CEP assegura a igualdade de oportunidades (direito subjectivo a condições mais favoráveis do que as existentes nos estabelecimentos prisionais) a todos os

¹⁰ . SCHWABE, Jürgen (Org.), *ob. cit.*, p. 320.

¹¹ MONTEIRO, Ileana Pardal Monteiro e NETO, Manuela, “Discriminação social e emprego: Um estudo empírico”, *in*, Instituto Politécnico de Coimbra, 2003, p. 7.

reclusos, só que a sua materialização na esfera de cada recluso fica subordinada a três factores: 1.º à condição social e económica de cada recluso, à semelhança do curso normal de vida fora dos estabelecimentos prisionais, onde se verifica a estratificação da sociedade em classes; 2.º às limitações ou restrições impostas pela sentença condenatória e às exigências da execução da pena e 3.º às condições existentes no estabelecimento prisional de permitir que os reclusos gozem dos benefícios que solicitem, pagando o seu custo aos respectivos fornecedores.

Pelo que, apesar de o Conselho Constitucional não declarar a inconstitucionalidade da norma contida no n.º 2 do artigo 8 do Código de Execução de Penas, aprovado pela Lei n.º 26/2019, de 27 de Dezembro, não deixa de circunscrever a sua interpretação no sentido de que não cabe ao Estado, no âmbito da administração directa e no exercício das suas funções exclusivas, criar as condições mais favoráveis e, posteriormente, transaccioná-las aos reclusos; mas sim, proporcionar aos cidadãos privados de liberdade, condições de reclusão idênticas e universais para todos. Contudo, sempre que as condições do estabelecimento penitenciário o permitirem, o Estado pode assegurar o acesso a condições mais favoráveis (não fornecidas pela administração penitenciária), mediante pagamento do seu custo aos fornecedores por parte do recluso ou seus familiares que delas pretender usufruir, desde que não excepcionadas por lei ou pelo sentido da condenação e compatíveis com a execução da pena.

III

Decisão

Nos termos e pelos fundamentos expostos, os Juízes Conselheiros do Conselho Constitucional deliberam, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 243 da CRM, não declarar inconstitucional a norma contida no n.º 2 do artigo 8 do Código de Execução de Penas, aprovado pela Lei n.º 26/2019, publicada no *Boletim da República*, n.º 250, I Série, de 27 de Dezembro, fixando-lhe a interpretação exposta na fundamentação.

Notifique e publique-se

Maputo, 9 de Outubro de 2023.

Lúcia da Luz Ribeiro

Albano Macie

Manuel Henrique Franque

Domingos Hermínio Cintura

Mateus da Cecília Feniassse Saize

Mateus Saize

Ozias Pondja

Ozias

Albino Augusto Nhacassa

Albino Augusto Nhacassa